第一编　基础理论

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第一章　知识产权

一、知识产权的概念及含义

知识产权（Intellectual Property）又被称作“智力成果权”、“智慧财产权”（我国台湾地区）、“无形财产权”、“无体物权”等。至于这一概念的源出，一种说法认为知识产权一词源于17世纪中叶的法国，主要倡导者是卡雷佐夫；〔1〕另一种说法是知识产权这一术语产生于18世纪的德国。〔2〕知识产权一词目前已为大多数国家和国际组织所认可。我国学者长期以来使用“智力成果权”来概括这一社会现象。不过1987年《民法通则》颁布后，法定称谓为“知识产权”，目前学者对此已无歧义认识。

至于知识产权这一概念的含义，人们的认识大同小异，有的表达为知识产权指对基于智力活动所创造的产品享有的专有权；〔3〕也有的表述为知识产权是民事主体对其创造性的智力劳动成果依法所享有的专有权利；〔4〕还有的表述为，知识产权工人们基于自己的智力活动创造的成果和经营管理活动中的标记、信誉而依法享有的权利；〔5〕《建立世界知识产权组织公约》对知识产权所下的定义为：一切来自工业、科学及文学艺术领域的智力创造活动所产生的权利。我们认为，知识产权的含义可表述为：知识产权是指创造性智力成果的完成人或承受人、工商业标志的拥有人依法享有的专有权利的统称。上述各种关于知识产权含义的揭示，虽然不能准确地对各种知识产权进行概括，但是却从不同的方面昭示了这一概念的本质属性。

二、知识产权的范围

知识产权作为一个与时俱进、开放的概念，其范围很难断然划定，迄今为止，也存在着各种不同的认识。一般理解，知识产权的范围为《保护工业产权巴黎公约》所列举的六种工业产权，再加上版权。不过，按照《建立世界知识产权

〔1〕佟柔主编：《民法学原理》，法律出版社1987年版，第433页。
〔2〕郑成思：《知识产权法论》，法律出版社2001年版，第3页。
〔3〕江平、巫昌祯主编：《现代实用民法词典》，北京出版社1988年版，第424～425页。
〔4〕彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社1994年版，第361页。
〔5〕吴汉东主编：《知识产权法学》，北京大学出版社2000年版，第1页。

组织公约》的规定，知识产权包括：（1）与文学、艺术及科学作品有关的权利，即版权（或著作权）。(2）与表演艺术家的表演活动、与录音制品及广播有关的权利，即邻接权。（3）与人类创造性活动的一切领域内的发明有关的权利，主要指专利权。（4）与科学发现有关的权利，即发现权。（5）与工业品外观设计有关的权利，即外观设计专利权或外观设计权。（6）与商品商标、服务商标、商品及其他商业标记有关的权利，即商标权、商号权、原产地名称权等。（7）与防止不正当竞争有关的权利，即制止不正当竞争权。该公约除采取列举的方式开列了上述七种知识产权外，还有一个概括性的兜底规定，即一切其他来自工业、科学及文学艺术领域的智力创造活动所产生的权利。这样就使那些虽不可划归上述七种的任何一种，但却符合智力活动中产生的权利这种知识产权的本质属性的权利，均可列入该公约保护的知识产权的范围。从技巧上，对知识产权的范围采取列举与概括相结合的方式，既加强了可操作性，又体现了一定的灵活性，而且也符合信息时代知识产权所应具有的开放性这种客观现实。

其后关于知识产权范围的确定，就是 1992 年（国际保护工业产权协会）东京大会将知识产权划分为“ 创作性成果权利 ”与“ 识别性标志权利 ”两大类。前者包含专利权、集成电路权、植物新品种权、技术秘密权、工业品外观设计权、版权、软件权；后者包括商标权、商号权以及其他与制止不正当竞争有关的识别性标记权。该大会关于知识产权的两大类划分，比较准确科学地揭示了两类知识产权不同的本质属性。

最近一次世界范围内对知识产权的范围形成共识的是 1994 年关税与贸易总协定乌拉圭回合外交会议上通过的《与贸易有关的知识产权协议》，确定的知识产权的范围包括：(1）版权与邻接权；(2）商标权；(3）地理标志权；(4）工业品外观设计权；(5）专利权；(6）集成电路布图设计权；(7）未披露过的信息专有权。该协定在知识产权保护方面最大的贡献就在于将未披露过的信息权，即商业秘密权列入了知识产权的范围。因为在此前，人们对商业秘密的知识产权性质存在着各种分歧。

我国学者目前关于知识产权范围除了专利权、商标权、著作权无分歧之外，对其他知识产权的认识还不完全一致。不过从立法的角度看，还应包括制止不正当竞争权、商业秘密权　厂商名称权、货源标记或原产地名称权、集成电路布图设计权、植物新品种权。

三、知识产权的性质与特点

(一)知识产权的性质

在我国，学界一般认为知识产权是与物权、债权、人身权相平行的一种民事权利。在论及作为民事权利的同时，均涉及其特殊性，大都认为是一种特殊的民

事权利。但这种特殊，是同一质上的特殊呢，还是与其他民事权利具有本质区别的一种新的法权？后一种认识至少在某些专门研究知识产权法的学者中已有这种酝酿。但不论怎么讲，知识产权绝不是标准意义上的与其他民事权利比较毫无自身特点的民事权利。换言之，知识产权应为一种特殊的新型的民事权利。言其新，盖因其从产生至今也仅只有二三百年的历史；言其特，它确实存在一些有别于一般民事权利的特点。知识产权的客体是无形的，不同于财产所有权的客体的动产与不动产的有形性。从权利的内容上，有形财产的所有人享有的权利体现为占有权、使用权、收益权、处分权四种权能，即财产所有人对其财产可以排他地占有它、使用它，获得一定的收益，并可决定其命运——处分它。而知识产权的权利主体所享有的权利，一般体现为使用权、转让权，权利主体可以使用它，并获得一定的收益，可以转让它，包括转让和许可他人使用。如专利权人享有以生产经营为目的制造专利产品，使用专利产品，许诺销售，销售专利产品，使用专利方法以及使用、许诺销售、销售以专利方法所直接获得的产品等权利。这就是专利权人的使用权，并由此享有相应的收益。专利权人的转让权则包括转让其所有的权利于他人，或许可他人实施自己的专利。占有权不应包括于知识产权的具体权能中。如某研究所的一位工程师，接受研究所的安排，开发某种高科技产品，此种产品开发成功后，研究所未申请专利，以技术秘密的方式维护其技术经济权益。该工程师退休后，包含在该产品中的技术方案仍置留在该工程师的头脑中而为其所“占有”，但只要他不使用、转让、泄露该技术方案，则该工程师对研究所的技术秘密权不构成任何侵害。正因为占有权不是知识产权的具体权能，所以正如有的知识产权法学者所讲的，民事法律制度中的取得时效不应适用于知识产权。

我们认为，探索知识产权的性质，要注意矛盾的普遍性，认识知识产权与一般民事权利的共性，但在当今时代，应当成为我们重视焦点的，则是探究知识产权的特殊性，以便采取相应的法律架构规范它、保护它。知识产权之所以是一种新型的、特殊的民事权利，完全是由于自身独具的特点。

(二)知识产权的特点

对于知识产权的特点的概括，基本上是围绕传统的知识产权，即专利权、商标权、著作权而概括的，当然也旁及其他一些知识产权。既能反映传统知识产权，又能体现新型知识产权的本质的关于知识产权的特点，还有赖于我们进一步研究。

1. 知识产权客体的无形性。权利的客体，一般指权利所指向的对象。各财产所有权的客体为有体物、特定物。这些财物一般有一定的形状，占据一定的空间。与这种有体物对应的是另外一种重要的社会财富是智力财富，即一定的智力

需要全本请访问 www.ertongbook.com

成果，有的学者也称其为精神产品或知识产品。这种社会财富的无形性体现为：(1) 它无一定的形状，如一种已获专利的发明创造，作为观念形态的东西，它不可能有一定的形状，它只是一种信息状态的存在；(2) 它不占据一定的空间，这也是因为它不具备一定的形状；(3) 它不受有形磨损的影响，像一个有形财产那样，随着人们使用时间的推移，逐步降低其使用价值，以至最终丧失其存在。但智力成果却受无形磨损的影响，即随着科学技术的进步，逐步降低其利用价值，以至于有新的智力成果取代它，就完全丧失其价值。知识产权的客体就是这种信息状态的智力成果。

从经济学意义上，作为财产所有权客体的有形财产，其价值一般取决于所耗费的社会必要劳动时间。而作为知识产权客体的智力成果，一般不受劳动价值论的影响。如一个生产圆珠笔的小商社，对人们原来使用的圆珠笔，作了小小的改进，改良笔芯所装原子油的量，使其大约能写 2 万字左右，原子油的量与圆珠的耐磨程度恰相适应，由于该小商社取得了对这一发明创造的 10 年时间的垄断使用权，从而使一个默默无闻的小商社成长为成世界上有影响的自动圆珠笔公司，其所耗费的社会必要劳动与该专利技术的经济价值，相差何其悬殊。知识产权的价值，一般体现为智力成果的成熟程度以及投入使用所产生的经济效益。所以，在知识产权流转中，国家没有也不可能硬性对之规定政府定价或政府指导价，其价格完全由交易双方自行约定，国家不作干预。

客体的无形性，不仅是传统的专利权、商标权、著作权的特点，其他新型的知识产权，如商业秘密权、集成电路布图设计权等，均有这种特点。

2. 专有性。即知识产权具有垄断性、独占性、排他性的特点。知识产权的这一特点，可以从两层不同的含义来理解，一层是知识产权主体的独占使用权、转让权。权利主体的这种专有权，与财产所有权一样，是一种对世权、绝对性；知识产权专有性的第二层含义是一件智力成果，一般只能获得一个知识产权。如一件对特定技术问题的新的创造性的技术解决方案，已经获得了专利权，他人完全依靠自身的条件和创造活动开发出同样的技术方案，不能再获得一个专利权；同样，一种文字、图形或文字图形的结合，只能获得一种注册商标专用权。知识产权专有性的第一层含义，与有形财产所有权相同；知识产权专有性的第二层含义，则体现了知识产权与有形财产的区别。正是由于这一区别，使判定知识产权侵权与判断财产所有权侵权体现出其复杂性和特殊性。

3. 地域性。知识产权区别于有形财产权的另一种特点，是其在空间上的限制，即知识产权仅在一定地域范围内有效，超出这一定地域范围，权利人将丧失作为权利人的地位，而有形财产权一般无地域性限制。知识产权其所以无域外效力在于知识产权最初是以封建的恩赐特权的形式出现的，因之只能在封建君主统

治的辖区内有效。随后虽然知识产权发生了质的变化，已不再是恩赐特权，但根据国家的主权原则，知识产权也不可能发生超越地域保护的情况。

20 世纪后半期，这种知识产权的地域性特点，已经超出了一国的范围，向更大的范围拓展。通过某些国家之间缔结的国际公约，从而使在公约缔约国范围的知识产权具备了通用性。如 1968 年比利时、卢森堡、荷兰经济联盟制订的《比荷卢统一商标法》、1973 年西欧国家缔结的（欧洲专利公约》、1977 年非洲知识产权组织通过的《班吉协定》等。根据这些公约或协定，一国核准的专利或商标，可以同时在其他缔约国产生效力。这种情况表明，知识产权制度适应科技、经济发展的需要，已经体现出超出往昔的一国范围的趋势，但仍然在缔约国范围有效，超出了缔约国范围，仍无域外效力。所以，尽管知识产权效力超越了一国的范围，体现了扩大的趋势，但仍然不是普遍有效。这种情况的出现，并没有改变知识产权的地域性特点。

4．时间性。传统知识产权，是一种有时间性限制的权利。世界上实行知识产权制度的国家，虽然由于各国的政治、经济、历史、文化传统等不同，法定的各种知识产权的保护期限有长有短，但均对各种知识产权规定一定的期限，即有效期限。有的知识产权，虽然在事实上可以永续使用，如注册商标专用权，只要权利人一直申请续展注册，这种商标专用权权利人则可一直享有，但如果不申请续展注册或不再次申请续展注册，当法定期限届满时，权利人就会丧失独占权。知识产权的保护期限一旦届满，即使仍未完全丧失技术经济价值，当事人也不再对其享有垄断权，而成为社会的共同财富。

知识产权的时间性特点，使之与有形财产权体现出一定的质的区别。当然也许会有人提出，权利的时间性，并非知识产权独有，财产所有权也有时间性，并非永续不灭。因为尽管根据物质不灭定律，宇宙间的物质是不会灭失的，但物质的各种具体存在形式总是有始有终的，即有形财产的存续总是有一定的时间性，作为在有形财产基础上产生的财产所有权，当然也是有期限的，随着其客体的不存在，相应的财产所有权也会消灭。可我们这里讲的知识产权的时间性特点与财产所有权在事实上也有时间性具有不同的含义，知识产权的时间性是法定的时间性，以人的意志为转移。而财产所有权在事实上的时间性是以有体物的自然存续为准，不依人的意志为转移。有形财产所有权，法律不可能规定一个具体的时间，只要某物存在，一般情况下，物的所有人就对该物享有所有权。而知识产权不同于财产所有权，为了使权利主体所投入的物化劳动与智力劳动得到相应的报偿，又不妨碍他人尽早利用其智力活动的成果，平衡这两者之间的利益，法律均对知识产权作时间性规定，一旦时间届满，即使仍有价值，知识产权也不复存在。

知识产权除具有上述一般公认的特点外，还有人主张知识产权有可复制性特点，其观点是：知识产权之所以能成为某种财产权，是因为这些权利被利用后，能够体现在一定产品、作品或其他物品的复制活动上。也就是说，这种权利的客体一般可由一定的有形物去复制。〔1〕也有人主张，知识产权内容具有财产权和人身权的双重属性。其理由是，除商标权外，其他各类知识产权均包括财产权和人身权双重内容。人身权指基于智力成果创造人的特定身份依法享有的精神权利。该项权利与智力成果创造人人身不可分离，不能转让、赠予和继承。财产权指知识产权人依法享有获得一定报酬和奖励的权利。〔2〕还有人主张知识产权具有经法律直接确认的特点。其理由是具体智力成果欲取得法律的确认与保护，则需履行特定的法律手续或者是经国家主管机关依法审批。另外，当一个国家在一定时期未实行知识产权法律制度或者某种智力成果依法不能取得知识产权时，智力成果则不能产生知识产权。〔3〕上述这些关于知识产权的特点表述，虽然有一定的道理，也从不同侧面揭示知识产权矛盾的特殊性，但尚未为人们所普遍接受，能不能作为知识产权的特点，还有待进一步研究。其中关于知识产权的可复制性，关键涉及对知识产权客体的认识，从目前的学术界看，对客体的认识尚存在不小的分歧；至于知识产权的内容具有财产权和人身权双重属性的观点，不要说它是针对广义知识产权来概括，就是针对狭义的知识产权而概括，也值得推敲。著作权具有人身权与财产权之双重属性，自不待说。商标权不可能涉及人身权与财产权的双重属性。即便专利权，在当今时代职务发明创造越来越多的情况下，专利权是否在任何情况下都具有财产权与人身权双重属性，并非毫无争议，本书将在专利法律制度部分对此进行讨论。

前述关于知识产权所具有的四种特点基本是针对传统或狭义的知识产权而概括的，对一些新型知识产权，未必适合。如商业秘密，其专有权仅能对抗以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取其商业秘密，披露、使用或者允许他人使用非法取得的商业秘密等行为。对于通过反向工程所取得的商业秘密，或者凭借自己的力量所开发出的商业秘密，并不构成对他人商业秘密的侵犯。同样的商业秘密，只要合法拥有，可以存在两个或两个以上的商业秘密权，即知识产权专有性的第二层含义不适合商业秘密。此外，商业秘密也不具有时间性、地域性的特点。商业秘密其所以成为一种知识产权，概因其符合世界知识产权组织公约中其他来自工业、科学领域的智力创造活动所产生的权利这一知识产权的本质属

〔1〕郑成思：《知识产权法论》，法律出版社 2001 年版，第 92 页。
〔2〕彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 362 页。
〔3〕彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 362 页。

性。

四、知识产权与临近概念的关系

（一）知识产权与工业产权

工业产权，亦称工业所有权，主要指专利权、商标权，即这两种权利的统称。工业产权一词最早出现于 1791 年法国的专利法中。在此之前，英国、法国称专利权为特权、垄断权。为防止再沿用此概念会遭遇议会以及反封建特权的公众的反对，故专利法起草人遂将其称作工业产权。 1887 年签订保护工业产权巴黎公约时，这一概念才得到国际上的承认，目前它已是国外广泛使用的概念。不过需要强调的是，工业产权中的“工业”二字应作扩大理解，不仅包括工业，还包括商业、农业、采掘业等，适用于所有制成品和天然品，实际是“产业”之含义，故将其称作产业产权更贴切，不过已约定俗成，所以对之应作广义理解。

工业产权的范围，尽管也有不同理解，如（牛津法律大辞典）就将诺号（一般称作技术秘密）也列入了工业产权的范围，但按照《保护工业产权巴黎公约》的规定，工业产权包括专利权、商标权、服务标记、厂商名称、货源标记或原产地名称、制止不正当竞争六种，其中主要是专利权、商标权。有人也将工业产权分为两个大的类别，一类为工业技术，如专利权；另一类为工业标志，如商标权、厂商名称、货源标记。

工业产权与知识产权之间是包容关系，知识产权包含了工业产权，工业产权再加上版权（或著作权）称为知识产权。故前述关于知识产权的特点，工业产权亦具备。

（二）知识产权与工业版权

工业版权系 20 世纪末期出现的新概念，由于科学技术的发展，出现了诸如计算机软件、集成电路布图设计等往昔知识产权客体无法包含的新的成果，需要借助专利法对其内容予以保护，又需要借助著作权法对其形式予以保护，形成了在专利法与著作权法交叉中新的知识产权，即工业版权，〔1〕实际上它可归结为版权，但又其本身特点的版权。所以工业版权包括于知识产权中，又属于知识产权中新的特殊的一类。

（三）知识产权与科技成果权

科技成果及科技成果权的概念，出现于我国民事基本法——民法通则中，尔后颁布的《中华人民共和国科学技术进步法》以及（中华人民共和国科技成果转让法）中亦有科技成果、技术成果的概念出现。何谓科技成果，从我们所接触到的规范性文件中，尚无具体的含义揭示。有一种观点认为科学技术成果，是指人

〔1〕 张今：《知识产权新视野》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 4 页。

们在认识、改造自然和社会活动中，通过一定的创造性劳动，所获得的关于客观世界中特定事物和现象、关系及运动规律的知识体系，以及对特定问题的技术解决方案。广义的科技成果，既包括社会科学领域的科研成果，也包括自然科学方面的科技成果。狭义的科技成果仅指自然科学领域的成果。〔1〕自然科学领域的科技成果具备智力性、先进性、有益性、无形性的特征。以科技成果为客体所产生的权利为科技成果权。民法通则视科技成果权与知识产权为同一概念。关于科技成果权的范围，依（民法通则）第五章第三节以及第 118 条的规定，包括著作权（版权）、专利权、商标专用权、发现权、发明权，以及其他科技成果权。至于其他科技成果权包括哪些，民法通则无具体规定。

将科技成果权等同于知识产权值得商榷。首先，将商标专用权作为科技成果权，与科技成果权的本质属性显然不符。其次，将发明权、发现权作为知识产权对待并非毫无疑义。尽管在世界知识产权组织公约中，有“一切其他来自工业、科学及文学艺术领域的智力创作活动所产生的权利”属知识产权这一规定，但在此前后的各种有关知识产权的国际条约、协定等，均未将发明权、发现权列入知识产权的范围，我国目前出版的关于知识产权方面的教材及学术论著，绝大部分均未将发明权、发现权列入知识产权的范围。发明权、发现权一般体现为命名权、署名权、奖励权、获得报酬的权利，属于人身权以及与人身权密切联系的财产权。比如，某个天文学家多次观察到了某个宇宙星体，这个星体可以他的名字名命，人们可以给他以荣誉，给他以物质奖励。这就是该宇宙天体的首次发现者应享有的发现权。而发明权正如（民法通则）第 97 条所规定的“公民对自己的发明或者其他科技成果，有权申请领取荣誉证书、奖金或者其他奖励。”所以发明权实际是人身权及与这种人身权相联系获得奖金或奖励的权利。如果发明人对其发明采取自我保守秘密的方式，或者将其申请专利并获得了专利授权，并将其转让，那已非发明权的转让，而是技术秘密权或发明专利权的转让。

从上述分析中可以看出，科技成果权与知识产权并非同一概念，而是两个有相互交叉关系的概念，即范围既有相互重合的部分，也有分属各自的领域。如专利权（主要指发明专利权和实用新型专利权）、商业秘密中的技术秘密权、集成电路布图设计权、植物新品种权等，既是知识产权，也可视为科技成果权。而知识产权中的商标权、厂商名称权、货源标记权，很显然不具有科学技术属性，不可称为科技成果权。科技成果权中发明权、发现权亦不应包括于知识产权中。

五、知识经济与知识产权

知识产权作为一个法学范畴出现于一些国家上层建筑的法律中，只有二三百

〔1〕 徐德敏、王登霄：《科技法》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 114 页。

年的历史。知识产权法律制度，作为一种新的特殊的民事法律制度， 20 世纪中叶以来取得了如此蓬勃和格外引人注目的发展，而且随着时间的推移，其重要地位将会日益凸现。其深刻的社会根源就在于，发端于第二次世界大战后的一次新的技术革命，在上个世纪六七十年有了突破性的发展，目前正面临着知识、信息大爆炸这种时势，人类正在步入以科学、技术知识作为经济增长方式主动力这样一种新的经济形态，也就是人们常讲的知识经济时代，即以知识为基础的经济时代。科学技术的飞速发展，正在改变着整个社会再生产过程的基本内涵，无论是生产、交换、消费、分配，越来越多地围绕着无形商品而进行。就是传统的有形商品，其科技含量、附加值也越来越大，已非传统意义上的劳动或资本密集型的有形商品。与此相适应，整个社会的产业结构也有了极大的调整，传统的工业、农业尽管仍然是重要的产业，但以科学技术开发为主旨的信息产业则已异军突起，成为主导性的有举足轻重影响的产业。社会财富的最大拥有者，已非往昔的汽车大主、石油大亨，而是一些从事信息产业的后起之秀。在世界范围，科学技术高度发展的国家，成为世界经济的主宰。科学技术发展水平，已经成为决定一个国家的国际地位，衡量一个国家综合国力的决定性因素。

当今时代，科学技术进步，决定着经济与社会事业的发展，经济与社会事业的发展，又为科学技术的发展奠定了强大的基础和优良的社会环境。而经济与科技的发展，绝然离不开法制的保障、激励作用的发挥，完全有理由讲，科技——经济—— 法制的一体化发展是根本的时代特征，也就是知识经济时代的特征。知识产权这种新型的民事权利，正是科技（知识）经济、法制相结合的典型形式。

知识经济的这一时代特征，决定了知识产权是一种最重要的法权。只有从时代特征来认识知识产权，才能真正理解它的地位和价值。而以知识产权的确认、利用与保护为宗旨所形成的知识产权法律制度，又为知识经济的发展创造了极为良好的社会环境。知识经济与知识产权两者相得益彰，互相促进、协调发展形成了当今时代的主旋律。

六、世界贸易组织与知识产权

20 世纪 60、70 年代，由于科技的飞速发展，极大地促进了各国之间在科学技术活动领域内的合作与交流，为理顺关系，维护各国的技术经济权益，导致了知识产权国际保护步伐的加快，特别是 1967 年，由（保护工业产权巴黎公约）的成员国以及（保护文学艺术作品伯尔尼公约）的成员国，在对上述两个主要保护知识产权国际公约进行修订的基础上，签订了《建立世界知识产权组织公约》，并成立了作为联合国系统一个专门机构的世界知识产权组织。该组织所管理的知识产权方面的国际公约、协议、协定有 20 多个，成为惟一的在知识产权的国际保护方面对各国有相当影响的组织。但是，这些国际公约、条约本身由于存在这

需要全本请访问 www.ertongbook.com

样或那样的问题，就不能不影响到对知识产权的全面有效保护。以美国为首的发达国家，认为在知识产权的国际保护方面存在的问题有：知识产权公约主要涉及程序保护，对各国实体法要求不多，亦缺乏一般知识产权保护的标准；公约一般仅涉及单一的知识产权保护，欠缺对知识产权效力和范围的全面规定，且有些知识产权，如商业秘密，尚属公约的盲区；对知识产权侵权行为所采取的救济措施无规定，无法发挥保护知识产权的作用；没有关于解决知识产权争端的规定，影响到知识产权纠纷的顺利解决。〔1〕为了加强与贸易有关的知识产权的保护，在以美国为首的一些发达国家的坚持下，在关贸总协定乌拉圭回合的谈判中，经过发达国家与发展中国家的反复较量，终于达成了（与贸易有关的知识产权协议》，并在世界贸易组织中专门成立了知识产权理事会。这一协定，虽然也考虑到发展中国家的具体情况，对发展中国家在知识产权保护方面有一些照顾措施和灵活办法，但主要反映的还是发达国家的意志和愿望，不过这也是当今世界经济贸易发展到一定程度的必然结果。这一协定的签订，进一步提升了知识产权的保护水平，弥补了已往知识产权保护的漏洞，增加了知识产权争端的解决机制，加上知识产权理事会的成立，就使世界贸易组织成为除世界知识产权组织外另一个极为重要的管辖知识产权的国际经济贸易组织，而且就其范围影响以及实际发挥作用而言，有可能产生比世界知识产权组织更大更深的影响。

我国已经加入了世界贸易组织，而知识产权在世界贸易组织中占有举足轻重的重要地位，作为与货物贸易、服务贸易相平行的知识产权贸易，成为该组织的三大支柱之一，顺应加入世界贸易组织这种机遇与挑战，认真研究《与贸易有关的知识产权协议》，进一步完善我国的知识产权保护法律制度，提升我国的知识产权保护水平，激励自主开发知识产品的活动，对于促进我国科技事业的发展，加快市场经济建设的步伐，强化我国的国际地位与在全球一体化经济中的竞争能力，具有十分重要的意义。

〔1〕 龙永图主编：《人世与知识产权保护》，中国对外经济贸易出版社 2000 年版，第 17～18页。

第二章　知识产权法

一、知识产权法的含义与调整对象

这里所谓知识产权法的含义，在不少著作中，被称作知识产权法的概念，但我们认为概念作为人们思维活动的最基本的形式之一，反映的是关于客观事物一般的本质特征或属性。知识产权法这一概念，就是人们对专利法、商标法、著作权法等法律制度的本质特征进行概括的结果，当然你也可以将其称作“无体财产权法”或“智慧财产权法”等。关于知识产权的含义，我们认为可表述为：知识产权法是调整确认、利用、保护智力成果过程中所产生的各种社会关系的法律规范的总称。知识产权法一般包括专利法、商标法、著作权法、商业秘密权保护法等。抛开各种具体的知识产权法律制度，一般意义上知识产权法的内容体系则包括了知识产权的主体、客体、内容、利用、保护、管理等制度。

从知识产权法的含义中可以窥知知识产权法的调整对象，即所调整的社会关系。知识产权法一般调整三个方面的社会关系，一是在知识产权的确认过程中，当事人与国家知识产权行政部门之间所产生的关系。如发明创造人就其发明创造向国家专利行政部门进行专利申请，国家专利行政部门审查、核准当事人的专利申请，即专利权确认过程中所产生的社会关系。这是知识产权法所调整的基础性的社会关系。只有取得知识产权确权，才可能使尔后的社会关系得以产生。

知识产权法所调整的第二个方面的社会关系，是知识产权权利人在利用知识产权过程中与相对人所发生的社会关系。包括知识产权权利人独占实施知识产权，他人作为义务主体不得非法妨碍知识产权权利人这种独占权的行使，以及知识产权权利人在转让知识产权、许可他人实施知识产权过程中与相对的平行主体间所发生的社会关系。知识产权在不同主体间的流转，虽然也是一种债的关系，理应适用民法中关于债的规定，但知识产权毕竟是一种有自身特点的民事权利，所以还需要在相关的知识产权法律制度中作特殊的规定。比如专利权的使用许可，虽然是权利主体对专利使用权的让渡，但比之有形财产使用权让渡中的租赁关系要复杂得多，所以需要作相应的法律规定。

知识产权法所调整的第三个方面的社会关系，就是知识产权的所有人与侵犯知识产权者之间所产生的社会关系。知识产权作为一种独占权，具有对抗一切他

人非法使用的效力，对知识产权侵权行为必须给予制裁，也就是对被侵权人必须依法予以救济。各种知识产权法律制度中的法律责任制度就是具体的体现。对侵犯知识产权的行为，一般采用民事制裁手段，但也不排除在某些情况下，需要追究侵权者的行政责任，甚至对那些严重的知识产权侵权行为追究相应的刑事责任。在追究侵权人的民事责任方面，与一般的民事侵权责任比较，应体现知识产权保护的特点，比如在归责原则上，侵权行为的构成上，具体损害赔偿上，甚至在举证责任方面，均存在与一般民事侵权不同的法律规定。

二、知识产权法的属性

关于知识产权法的法律属性，目前存在各种不同的观点。比较普遍的认识，第一种观点认为知识产权法属民法的组成部分，属于民事特别法；第二种观点认为知识产权法是一个综合的法律规范；第三种观点则认为知识产权法是一个独立的法律部门。

认为知识产权法属于民事法律规范的这种主流派观点，还有一点细微的差别，一种认识认为知识产权法属民事特别法，另一种认识则认为知识产权法规范就是一般的民事法律规范，不存在超出民事权利的特殊。其理由有：（1）我国立法已作了结论。民事基本法的民法通则已将知识产权作为与物权、债权、人身权并行的民事权利；(2）与民法存在着相同的调整对象，均调整平等主体间的财产关系及人身关系，适用民法所有的调整原则；（3）不具备自身的调整对象和调整手段；(4）知识产权法中的主导性规范属于民事规范。尽管知识产权法中存在着行政规范，甚至刑事规范，但其主导性规范属于民事规范，由此决定其作为民事规范的性质。

认为知识产权法属于综合性法律规范，其理由是在知识产权法规范中，既有民事规范，也有行政规范（在专利法、商标法中此种规范量还不小），还有刑事规范；既有实体性规范，还有不少程序性规范。比如有人就将专利法规范划分为行政规范和民事规范两部分。正是基于上述情况，知识产权法不应划归任何一个法律部门，而是一种综合性的法律规范。

认为知识产权法是一个独立的法律部门，其理由在于随着知识经济时代的到来，知识财产越来越成为一种最重要的社会资源，相应地知识产权法的地位也有了极大的提升，无论是各国的国内法，还是世界范围的知识产权立法，数量越来越多，知识产权法律制度已成为一个相对完整的体系，加上世界上接二连三的国家都制定并颁布了知识产权法典，故知识产权法从民法中分立出来，成为一个独立法律部门的条件已经成熟。

我们认为，尽管从目前看，认为知识产权法是一个独立的法律部门的人还不多，此种观点也不甚成熟，但随着科学技术的飞速发展，社会有形财富与无形财

富位置的伯仲移位，各国以及国际范围知识产权立法的实践，从法律部门从简到繁的趋势来看，知识产权法只能作为民法的组成部分，不能成为一个独立的部门的观点，并非永远不可改变。

三、知识产权法的作用

在一定的社会历史条件下，在一定的经济基础之上逐步产生、形成与发展的知识产权法律制度，曾对科学技术的进步，文化事业的繁荣，进而促进经济和整个社会事业的发展，人类的文明，发挥了一定的作用，时止今天，人类已步入知识经济时代，知识产权法的作用更能得到全方位的发挥。

1. 能极大地调动人们从事科技文化事业，开发知识财富的激情。如前所述，知识产权的客体具有无形性的特点，人们从事知识产品开发所取得的成果，可以同时为多人所使用，如果没有知识产权制度，赋予知识产品开发人以专有使用的权利，有权阻止他人非法使用，以调动人们开发知识财富的积极性，人们这种从事开发的活动不会也不可能长期维持。正是通过知识产权法律制度赋予知识产品开发人这种专有权利，在天才火焰上加上利益的柴薪，从而使天才的火焰经久不灭，且愈烧愈旺。历史的事实表明，如果没有专利制度，就不会有大发明家爱迪生和火药之王诺贝尔，也不可能有家喻户晓的文学巨匠和不朽的文学作品，当然也不会有不胫而走的各种各样的名牌产品。

2. 维护社会正义，在尊重知识产品开发人权利的同时，照顾到社会公众的合法权益。知识产权法的主旨在于确认和保护知识产权主体对其知识财产的专有使用权，但与此同时也必须考虑知识产权人之外的社会公众的利益。既要考虑对知识产权的充分有效保护，否则会挫伤人们从事此方面活动的积极性，又要考虑适度合理，以防这种权利的不正当适用，有损社会公众利益，在两者之间实现利益的平衡，从而保护平衡利益的这一法律的最大任务的实现。各种主要知识产权法律制度中均有权利合理限制的规定，正是为了趋利避弊，防止知识产权的滥用，杜绝有悖社会正义的不良后果的发生。知识产权法的这一作用，似乎还没有为人们所普遍认识。

关于知识产权产品平行进口的制度设计，就有平衡知识产权人与社会公众之间利益关系的考量。所谓平行进口，是指在国与国之间的贸易中，一国进口商在某一知识产权已获进口国法律保护的情势下，未经进口国的知识产权人许可，而将知识产权产品输入进口国的行为。平行进口与知识产权的权利穷竭理论有关，而权利穷竭理论则直接导源于平衡知识产权人与社会公众之间的利益关系。关于知识产权的穷竭理论，有两种不同的主张，一种是国内穷竭论，另一种是国际穷竭论。国内穷竭论，主要考虑知识产权人的利益，而国际穷竭论，则重点考虑的社会公众利益，如何在这两者间寻找平衡，是一个需要探讨的问题。关于专利产

品的平行进口，各国专利法持否定态度，有关国际公约、协定亦作了同样的规定，比如，《与贸易有关的知识产权协议》第 28 条规定的专利权人的专利产品进口权，就否定了专利产品的平行进口。在著作权领域，也禁止平行进口，而在注册商标方面，除原则上禁止平行进口的同时，可考虑在既无损于注册商标人的合法权益，又有利于社会公众的特殊情况下允许平行进口。比如，在商品上以显著方式标明商品来源不同时，即使所使用的注册商标相同，也可平行进口。因为它既防止了消费者的误认，对注册商标人的市场份额不会造成影响，即与商标权人无损；又维护了作为社会公众的消费者的商品自由选择权，可能买到质优价廉的商品，即维护了消费者的利益。同时也有利于商品的大范围流通。

3. 能有力地保障社会经济与科学技术事业的发展，促进人类的文明与进步。当今世界，科学技术在生产力发展中所起的作用越来越大，有情况表明，一些发达国家，科学技术在生产力发展中所起的作用已高达 70％～80％ ，科学技术作为第一生产力的作用得到空前发挥。经济的发展又为科技、文化等社会事业的发展提供了巨大的物质保证，从而形成物质文明与精神文明相互促进、协调发展的大好局面。而这一切，绝对离不开知识产权法律制度的激励与保障作用的发挥。没有专利制度，就不会有人们发明创造热情的提高，也不会有科学技术的进步，科技成果向生产力的转化会严重受阻，而离开了科技支撑的经济和社会事业实在让人难以想像。没有商标法律制度的保障，经营者创牌子，提高商业信誉的努力将会失去仰障，离开了经营者经营积极性的发挥，社会经济的发展定会落空。而文化艺术市场的建立与繁荣，文学艺术产品的交流，从而带动整个社会的文明与进步，离开了著作权法律制度，只能是一句空话。总而言之，知识产权法律制度对社会经济的发展，文化科学艺术事业的进步所发挥的巨大的多方面的作用，是任何其他法律制度所无法比拟的，正如有学者所讲的，知识产权制度已成为一项基础性的社会制度。

4. 能有力地促进对外经济、技术、文化交流。知识产权制度，为各国间公正有序的货物贸易、服务贸易提供了有力的法律保障，并能直接地促进国际间知识产权贸易、文化艺术交流活动的顺利开展。确保各国能经济合理地引进他国的先进科技、文化成果，并无后顾之忧地将自己的科学技术、文化成果出口他国。各个国家越来越多的知识产权方面的立法以及各种保护知识产权的国际公约、协定的签订，就为这种国与国之间经济、技术、文化交流大门的畅开创造了必要的条件。

四、知识产权法的发展趋势

知识产权法律制度，适应新技术革命以及全球经济一体化的需求，从 20 世纪后半期至今取得了空前的丰富与发展。

(一)知识产权法的保护范围愈来愈广

知识产权法的传统保护范围，主要涉及专利权、商标权、著作权，这种保护范围，基本适应了工业经济时代的保护需要。但是 20 世纪后半叶，随着一些新的高新科技成果的出现，这种较窄的保护范围就显得与知识产权的本质属性不相吻合，也不利于知识产权制度促进科技发展作用的发挥，于是一些新型的知识产品被相应的立法赋予知识产权的属性，成为这一家族的新成员，并且进一步丰富了知识产权法的内容体系。20 世纪 60 年代诞生的计算机软件，作为人们智力活动的结晶，有重要的使用价值，在经历了由专利法给予保护的尝试之后，最终被确定为著作权法的特殊保护对象。在信息时代，作为现代电子信息基础的集成电路布图设计，也在 20 世纪末被世界知识产权组织列入了知识产权的范围。包涵了技术秘密和经营秘密的商业秘密，在当今时代对创新能力以及企业的经营在某种情况下会起关键作用，作为一种智力成果，虽然用知识产权的特征衡量，无法成为标准意义上的知识产权，因之人们对其属性分歧颇大，但随着《与贸易有关的知识产权协议》的签订与生效，商业秘密作为知识产权对待在事实上已有定论。生物工程技术的发展，植物新品种权业已成为一种新型的知识产权。随着网络技术的飞速发展，被人们称为网上“商标”的域名，已被认为具有知识产权的属性。此外，欧盟推出的无创作性的数据库以及在一些国家日渐发达的“商业形象权”,[1] 虽然对其作为知识产权对待的问题，目前尚未形成普遍认识，但也不排除未来有朝一日被尊奉为知识产权的可能。总而言之，知识产权法日益拓展的开放的范围，已为世界知识产权组织的“一切其他来自工业、科学及文学艺术领域的智力创作活动所产生的权利”这一概括规定所预言。

(二)知识产权法的保护水平愈来愈高

知识产权法的保护水平，除各国适应形势发展的需要在逐步提高其保护水平外，其一般体现是，发达国家保护水平较高，发展中国家保护水平较低。由于发达国家以最惠国待遇为条件，迫使发展中国家不得不提高其知识产权保护水平，（与贸易有关的知识产权协议）就是证明。所以从整个世界范围看知识产权的保护水平一无例外地在逐步提高。在专利法范围，其体现是作为保护对象的发明创造的视野愈来愈广，以至于有的国家提出凡阳光下所创造的一切东西都应获得专利保护。如用化学方法所获得的物质，包括药品，过去相当多的国家不予专利保护，现在这种禁锢不得不取消。微生物这种往昔不为专利法保护对象也进入了专利的保护范围。专利保护水平提高的另一体现是专利权保护期限的延长，不少国家发明专利的保护期为 20 年，实用新型专利、外观设计专利的保护期为 10 年。

〔1〕 郑成思：《知识产权法论》，法律出版社 2001 年版，第 67 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com